

BUNDESGERICHTSHOF

IV ZB 90/77

BESCHLUSS

in der Familiensache

des Friseurmeisters Jakob H [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagten und Antragstellers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Elsa H [REDACTED], Auf dem S [REDACTED] M [REDACTED],

Klägerin und Antragsgegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte
II. Instanz: [REDACTED] u. Koll., M [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 19. Mai 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Dr. Buchholz, Dr. Hoegen, Dehner und Dr. Seidl

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde des Beklagten wird der Beschluß des 2. Zivilsenats - Senats für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 2. Dezember 1977 zu Ziff. 1 bis 3 aufgehoben.

Dem Beklagten wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Mannheim vom 16. August 1977 gewährt.

G r ü n d e :

I. Die Parteien sind getrennt lebende Eheleute. Mit Urteil vom 16. August 1977 hat das Amtsgericht einer den gesetzlichen Unterhaltsanspruch betreffenden Abänderungsklage der Klägerin gegen den Beklagten teilweise stattgegeben. Das Urteil ist dem Beklagten am 19. August 1977 zugestellt worden. Er hat dagegen fristgerecht beim Landgericht Berufung eingelegt. Nach einem Hinweis des Landgerichts, daß das Oberlandesgericht zuständiges Berufungsgericht sei, hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten am 28. September 1977 fernmündlich gebeten, die Sache an

- 3 -

das Oberlandesgericht weiterzuleiten. Die Akten sind dort am 3. Oktober 1977 eingegangen. Am 17. Oktober 1977 hat der Beklagte gegen die Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

Das Oberlandesgericht hat den Antrag und die Berufung als unzulässig verworfen.

II. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Beklagten. Sie hat Erfolg.

Das Oberlandesgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß es im vorliegenden Fall das zuständige Berufungsgericht (§ 119 Abs. 1 Nr. 1, § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 GVG i.d.F. des 1. EheRG; BGH FamRZ 1978, 227 = VersR 1978, 376) und daher die Berufungsfrist versäumt ist, weil der Beklagte bis zum 19. September 1977, dem letzten Tag der Frist, keine Berufung beim Oberlandesgericht eingelegt hat.

Es hat sodann angenommen, der Beklagte habe die Zweiwochenfrist des § 234 Abs. 1 ZPO für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist nicht eingehalten. Die Wiedereinsetzungsfrist habe spätestens am 29. September 1977 zu laufen begonnen. Das Hindernis, das der Wahrung der Berufungsfrist entgegengestanden habe, sei behoben gewesen, als der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten bei dem Telefongespräch am Tage zuvor mit der Vorsitzenden Richterin des Landgerichts die Weiterleitung der Berufung an das Oberlandesgericht abgesprochen habe; jedenfalls zu diesem Zeitpunkt sei er sich über seinen Irrtum hinsichtlich der Rechtsmittelzuständigkeit im klaren gewesen.



1. Diese Begründung trägt die angefochtene Entscheidung schon deshalb nicht, weil es hier nicht darauf ankommt, ob innerhalb der Frist des § 234 Abs. 1 ZPO ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt worden ist. Ist nämlich während dieser Frist die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt worden, so kann gemäß § 236 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbs. ZPO - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - Wiedereinsetzung auch ohne Antrag gewährt werden. Ein derartiger Fall liegt hier vor.

Der - auch beim Oberlandesgericht zugelassene - Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hat am 28. September 1977 beim Landgericht gebeten, die Sache an das Oberlandesgericht weiterzuleiten. Damit hat er den Willen zum Ausdruck gebracht, das Oberlandesgericht möge mit der Berufung befaßt werden. Mit dem Eingang der Akten beim Oberlandesgericht am 3. Oktober 1977 war die Berufung als bei diesem Gericht eingelegt anzusehen, die versäumte Prozeßhandlung also nachgeholt. In diesem Zeitpunkt war die zweiwöchige Wiedereinsetzungsfrist noch nicht abgelaufen. Der Irrtum des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten über das zuständige Berufungsgericht wurde frühestens durch den Hinweis des Landgerichts vom 16. September 1977, das Oberlandesgericht sei zuständig, behoben. Das Schreiben mit diesem Hinweis ist aber erst am 22. September 1977 beim Landgericht abgegangen.

Die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung müssen freilich trotz der Bestimmung des § 236 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbs. ZPO aktenkundig geworden sein (vgl. BGHZ 63, 389 für § 236 ZPO a.F.), und zwar innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist, soweit § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO dies auch für den Fall eines Wiedereinsetzungsantrags vor-

schreibt. Auch insoweit bestehen hier keine Bedenken. Die Versäumung der Berufungsfrist und die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist sind unmittelbar den Akten zu entnehmen. Auch der in Betracht kommende Wiedereinsetzungsgrund, der Irrtum des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten über das zuständige Berufungsgericht, ist innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist aktenkundig geworden. Er ergibt sich hinreichend aus dem Vermerk der Vorsitzenden Richterin des Landgerichts über das nach dem schriftlichen Hinweis vom 16. September 1977 geführte Telefongespräch mit dem Prozeßbevollmächtigten vom 28. September 1977, bei welchem dieser um Weiterleitung der Sache an das Oberlandesgericht gebeten hat.

2. Dem Beklagten war wegen Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung zu gewähren, weil - wie auch das Oberlandesgericht nicht in Zweifel zieht - weder er noch sein Prozeßbevollmächtigter die Fristversäumung verschuldet hat (§§ 233, 85 Abs. 2 ZPO). Der Irrtum über die Rechtsmittelzuständigkeit anlässlich ihrer Neuregelung durch das 1. EheRG ist auch dem Prozeßbevollmächtigten nicht vorzuwerfen; denn die damals in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum umstrittene Frage ist erst durch den Senatsbeschluß vom 25. Januar 1978 (FamRZ 1978, 227 = VersR 1978, 376) höchstrichterlich geklärt worden (vgl. auch den Senatsbeschluß in FamRZ 1978, 231).

3. Mit der Bewilligung der Wiedereinsetzung ist der angefochtene Beschluß insoweit gegenstandslos, als die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen worden ist.

Dr. Grell

Dr. Hoegen